LA GARANTIA INSTITUCIONAL DE LA HERENCIA

ANGEL M. LOPEZ Y LOPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. Presentación del tema. 2. Necesidad técnica del Derecho de Sucesiones. 3. Intereses en conflicto en el fenómeno sucesorio. 4. Las contradicciones fundamentales de la sucesión a causa de muerte. 5. Panorama del Derecho español. 6. La crisis actual del Derecho de Sucesiones tradicional. 7. Necesidad de una relectura constitucional del tema. II. LA GARANTIA INSTITUCIONAL DE LA HERENCIA. 1. Cuestiones previas sobre la distinción entre garantía institucional y garantía del derecho subjetivo. 2. Las cuestiones básicas de la garantía institucional de la herencia. La herencia y el Estado. La herencia y la familia. La herencia y la autonomía privada. Límites del "rostro histórico" para la configuración de la garantia.

I. INTRODUCCION

1. Según el artículo 33.1. de la CE, "se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia". Comencemos por afirmar, sin perjuicio de alguna previsión ulterior, que por herencia se debe entender en el precepto constitucional la entera consideración del Derecho Sucesorio a causa de muerte. Añadamos que,

Derecho Privado y Constitución
Núm. 3. Mayo-Agosto 1994

prima facie, y también aquí de nuevo apelamos a posterior desenvolvimiento, la garantía de la herencia se formula conjunta y unitariamente con la de la propiedad: conjunción y unidad que resplandece también en el párrafo segundo de la misma disposición constitucional, "la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes".

Disciplina constitucional de la herencia, *id est*, parámetros constitucionales del Derecho Sucesorio *mortis causa*. No será inútil tal vez, como un elemento dialéctico que sirva de punto de partida al discurso, una presentación del significado y sentido de tal parte del Ordenamiento jurídico de los particulares, que obviamente se ha de ceñir a aspectos básicos de la misma. En esta dirección podemos destacar tres: 1) la necesidad técnica genérica que pretende afrontar, 2) los intereses en conflicto que en las soluciones específicas de esa necesidad laten, 3) las contradicciones fundamentales que de esos intereses surgen. Ni que decir tiene que en esta presentación subyacen, de manera implícita, y de ellos se ha partido, los datos históricos que han configurado el Derecho Civil de nuestra área cultural, social y política, sin que en modo alguno se intente suministrar una imagen apriorística o exclusivamente conceptual del Derecho de Sucesiones, por encima o al margen de aquellos datos. Con esta cautela, que jamás debe perderse de vista, se puede decir lo que sigue.

2. La **necesidad técnica del Derecho de Sucesiones**, la que le da su origen es la que surge del problema de la destinación de los *bona vacantia*, tras la muerte del titular (y el discurso vale preferentemente, por no decir exclusivamente, referido a las personas físicas) de los derechos sobre esos bienes, en la medida en que consideraciones de muy diverso tipo (y que, amén de conocidas, no son ahora del caso) no determinen que la muerte acarrea su extinción. Tradicionalmente se ha considerado que el general problema de la destinación de los *bona vacantia* (tomada esta expresión como sinónimo de todo el ámbito patrimonial del fallecido) comporta soluciones en tres aspectos fundamentales: nueva intestación en persona viva de los derechos (titularidades activas), mecanismos de responsabi-

lidad patrimonial para la satisfacción de las deudas de que respondía el causante (posiblemente el aspecto más singular -pero desde un ángulo prevalentemente técnico- de todo el fenómeno de la sucesión *mortis causa*), ordenada adquisición o traspaso de la posesión, que como poder de hecho ostentaba el (tradicionalmente llamado) *decuius*. Con ellas se pretende evitar graves inconvenientes a la tenencia y circulación de los derechos, así como posibles perturbaciones de la paz social(1).

3. Los **intereses en conflicto** subyacentes a la adopción de las diferentes soluciones en relación con los apuntados problemas son: *a)* de orden individual patrimonial (el correspondiente al titular fallecido, y a su posibilidad de determinar más allá de la muerte el destino de sus bienes, junto al correspondiente a sus acreedores para su oportuna satisfacción), *b)* de orden familiar (los correspondientes a los que una relación de tal carácter hubieran mantenido con el causante, personas que componen un círculo más o menos amplio, a tenor de determinaciones diversas: por razones fácilmente explicables, ostentan un interés en la distribución del patrimonio del fallecido), y *c)* los de orden colectivo (correspondientes a la sociedad organizada, en la que el *decuius* ha desenvuelto su existencia, pues también aquella puede llamarse a la parte en la mencionada distribución del patrimonio, que no ha podido ser acumulado sin su mayor o menor concurso, en la mayor cantidad de los casos, y nunca sin su protección)(2). Ahora bien, si se deja aparte (pese a la singularidad técnica, ya apuntada, y cuya mayor explicitación no es de este momento y lugar, que comporta en sede sucesoria) la cuestión de la satisfacción de las deudas del causante, que sea cual sea su instrumentación técnica, desde el punto de vista económico siempre se resuelve en un menor valor, en una suerte de sustraendo del patrimonio hereditario, el reparto del perteneciente al causante siempre va a enfrentar la posibilidad de

---

(1) Por todos, con feliz síntesis, CICU, *Succesioni. Parte generale*, traducción española con el nombre de *Derecho de Sucesiones. Parte general*, por GONZALEZ PORRAS y con notas de ALBALADEJO, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Barcelona, 1964, pp. 21 ss.

(2) Cfr. SCHLESINGER, voz *Succesioni (parte generale)*, en *Novissimo Digesto italiano*, tomo XVIII, pp. 749-750.

libre destinación de éste con respecto a aquel, con el derecho del mayor o menor círculo de los familiares a que antes se ha hecho referencia sobre ese patrimonio, y con los derechos de la colectividad organizada, también en relación con dicho patrimonio. Presupuesto que nada de esto tiene sentido si no hay una previa posibilidad (jurídica) de apropiación privada de bienes por parte del fallecido, el cuadro del conflicto de intereses (siempre, repetimos, con la propiedad privada al fondo) es el que suministran las presencias de la voluntad de un individuo, de la (su) familia, y la del Estado (*lato sensu*)(3). Con más precisión (e integrando la inevitable referencia a la propiedad), una triada de intereses: el del individuo, en cuanto propietario que cumple actos de destinación de su patrimonio; el de su familia, en cuanto potencial titular de todo o parte del mismo, pese a o al margen de esos actos de destinación; el del Estado, del que no se pueden olvidar las posibles razones para adquirir, también él, todo o parte de los bienes relictos, tras el fallecimiento de su titular. Con estos datos, aparece claro que el conflicto entre el

(3) El régimen sucesorio presupone que haya bienes apropiables por los particulares: correlación tan estrecha que incluso en aquellos países donde se ha conocido una organización económica de signo colectivista, en la medida, por estrecha que fuera, de admisión de la propiedad privada (las más de las veces, solo una propiedad personal) se ha autorizado la posibilidad de disposición *mortis causa* por parte del causante, y en defecto de esta, la transmisión a los parientes del círculo familiar que la ley determinaba. Se añade este dato por realzar algo fundamental ya dicho en el texto: el régimen de la sucesión *mortis causa* también se presenta estrechamente ligado con las instituciones familiares. A ello han contribuido multitud de razones que apenas se pueden abordar aquí: de índole religiosa (a la familia quedaban confiados los *sacra* del difunto), económica (la propia familia había contribuido a la creación, mantenimiento, o acrecentamiento del patrimonio titulado por el causante), alimenticia (el patrimonio del causante era el ámbito de sustento del grupo familiar), etc. Todo ello ha determinado la existencia de un ingrediente familiar en el Derecho sucesorio *mortis causa*. Por otro lado, motivos de índole fiscal, de consideración del Estado como dueño eminente de los bienes de todos sus súbditos, o de dar un destino social a la herencia más adecuado que el designado por el causante, o el que beneficiaba a la familia, han provocado la constante presencia del Estado en el fenómeno sucesorio por causa de muerte. Ni que decir –repetimos– que estamos moviéndonos dentro de unas coordenadas temporales y locales que son las que nos son propias. Dentro de ellas, como bien afirma P. RESCIGNO (*Introduzione* al *Trattato di diritto privato*, dirigido por él mismo, V, *Sucessioni I*, Torino, 1984, pag. IV), todos los ordenamientos que conocen, en medida más o menos amplia, las instituciones de la propiedad privada y de la familia, conocen también un régimen sucesorio. Sin embargo, el mismo autor pone de relieve, no equivocadamente, por las causas que se dirán en su momento, una cierta debilitación de las correlaciones entre propiedad, familia y régimen hereditario: vid. *Per uno studio sulla proprietà*, en *Riv. dir. civ.*, 1972, 1, p. 10.

individuo como propietario, el grupo familiar al que pertenece, y los órganos de la sociedad política en que se inserta serán los puntos de referencia donde el anclaje de unas soluciones u otras manifestará las esenciales contradicciones del Derecho de Sucesiones. Antes de ponerlas de relieve, partiendo de las anteriores premisas, conviene decir que, ciertamente, el problema de la continuidad de las relaciones jurídicas, que es el que se pone como el esencial a solucionar cuando se produce el fallecimiento de una persona, en términos abstractos puede ser solucionado sin referencia ni a la propiedad ni a la familia: se podría disponer el traspaso de los bienes vacantes a la colectividad, que podría retenerlos como tal, o deferirlos a otros particulares, no ligados con relación alguna de parentesco con el causante de la sucesión. Pero tal solución no se corresponde con la tradición histórica concreta, en la que estamos inmersos, que es bien otra.

4. Con dicha tradición como antecedente se puede decir que las **contradicciones fundamentales**, las que marcan opciones de disciplina positiva de señalada diferencia entre sí son:

1) El alcance y sentido de la libertad de testar, cuya fijación debe básicamente señalar las limitaciones (o acreditar su inexistencia) que circunscriben el especial ámbito de disposición de la propiedad a causa de muerte, sean las dichas limitaciones tanto a favor de los familiares como a favor del Estado. La contradicción surge aquí entre interés individual, de un lado, e interés familiar e interés colectivo de otro(4).

(4) En el Derecho de Sucesiones moderno hay que excluir una formulación del mismo en que todo el patrimonio fuera forzosamente a manos del grupo familiar o del Estado; lo primero pertenece a planteamientos históricos superados desde hace siglos; lo segundo implica un colectivismo que ni siquiera en los momentos y lugares más exacerbados del llamado "socialismo real" ha tenido plena realización. En efecto, la transmisión de todo el patrimonio al grupo familiar va ligada a los esquemas del primitivo Derecho Germánico, y aún ahí es posible dudar de que de sucesión a causa de muerte se pueda hablar, y no más bien de la presencia de una propiedad de la comunidad doméstica: *Hausgemeinschaf* (¡las pertenencias estrictamente personales *–Heergewäte* = atuendo de guerra del marido, *Gerade* = vestidos y adornos de la mujer– van al sepulcro!) titulada en mano común de forma que la muerte de un miembro de la casa (*Hausgenosse*) no produce modificación alguna en las relaciones jurídicas porque su derecho acrece a los restantes comuneros en mano común; es obvio, por otro lado, que el alcance de la designación del jerarca de la casa (por lo regular, el varón más anciano, con funciones representativas) no es, en manera alguna equivalente ni siquiera a la nominación de un prepósito principal al frente de la propiedad familiar: los actos de disposición del patrimonio pueden ser realizados por la *Gesamtehand*; exposición canónica de estas cuestio-

2) La extensión del círculo familiar, que en defecto de testamento, es llamado por la ley a la titularidad del patrimonio hereditario, mediante los mecanismos de la sucesión legal o *ab intestato*. La contradicción brota de la confrontación entre dos posibles modelos de familia, uno más amplio y otros más restringido, para la determinación de aquel círculo parental.

3) La tercera gran contradicción, que es la del papel del Estado en las herencias que puede ser satisfecho de maneras diversas: su incardinación en el orden de suceder *abintestato* (que formaría parte de las soluciones adoptadas en la anterior contradicción), su derecho directo (total o parcial) sobre la herencia, o la exacción de un impuesto sucesorio. También cabe, como posible opción, negarle todo papel. Ahora se enfrentan, en términos contradictorios, de un lado el interés individual y el familiar con los intereses de la colectividad, representados por el Estado(5).

Es claro que todas estas contradicciones se encuentran íntimamente entrelazadas, y confluyen en cualquiera de las soluciones que se adopten. Por ejemplo, el establecimiento de un derecho directo del Estado sobre una parte de la herencia implica una peculiar limitación de la libertad de testar, y una alteración profunda del modo de concebir la articulación de la sucesión legal; la adopción de un modelo familiar "patriarcal" o extenso frente a un modelo conyugal o "nuclear", puede dar un sentido muy distinto a la sucesión legal y a la sucesión del Estado; y una ilimitada libertad de testar también acabaría rebotando (aunque, a lo mejor, de manera indirecta) sobre la configuración de la sucesión *ex lege*, y la posición, dentro de ella o fuera de ella, del Estado.

---

nes en PLANITZ, *Grundzuge des Deutschen Privatrechts*, traducido (en su tercera edición) por MELON INFANTE con el nombre de *Principios de Derecho Privado Germánico*, Barcelona, 1957, págs. 67-73 y 343-347; brillante síntesis de estas conocidas ideas en WIETHÖLTER, en *Rechtswissensschaft*, traducción italiana de AMIRANTE, con el título de *Le formule magiche della scienza guiridica*, Roma-Bari, 1975, 157; como ejemplo y paradigma de la conservación de un Derecho sucesorio en los países "socialistas", aunque ceñido a los estrechos límites de lo que en aquellos países se denomina (o se denominaba) "propiedad personal", puede verse HAZARD, en DAVID-HAZARD, *Le droit sovietique*, II, París, s.a., pp. 35-41.

(5) Modifico y amplío, para comprensión, desde el punto de vista expositivo, de mayor número de problemas, la exposición de "contradicciones" del Derecho hereditario moderno que efectúa WIETHÖLTER, *op. cit.*, p. 162.

5. Esto dicho, y para no operar dentro del plano de las hipótesis, resulta necesario, puesto que se trata de la garantía constitucional de *nuestro* Derecho Sucesorio, perfilar brevemente el sistema de nuestro Ordenamiento, en términos muy amplios. Sus principios clave actuales son, como es notorio:

1) Libertad de testar limitada cuantitativamente a una parte de la herencia. El resto de la misma se ha de atribuir, y para ello basta cualquier título, a unos concretos parientes, los ascendientes, los descendientes y el cónyuge (los llamados *legitimarios*). Las dos series (líneas) primeras, por generaciones (grados) sucesivos, excluyendo la segunda a la primera; el cónyuge, conjuntamente con el sucesor llamado de cualquiera de las dos líneas, y con atribución de bienes cuantitativamente variable y de titularidad cualitativamente reducida (cfr. para el Derecho Común, los artículos 667 a 675, 737 a 743 y 806 a 857 del Código Civil; en términos generales el sistema es idéntico en los Derechos Civiles territoriales)(6) (7).

Son muy tenues, y para casos extremos, los controles cualitativos de la libertad de testar (cfr. artículo 792 del Código Civil).

Por exigencia de tratamiento completo, se debe decir que nuestro Derecho no conoce únicamente el testamento como acto de autonomía de un particular para la destinación de bienes mortis causa, sino que admite (residualmente el Código Civil, con más generosidad algunos Derechos Civiles territoriales) el contrato sucesorio(8). Por lo que aquí interesa, su existencia no puede afectar a la herencia forzosa. No queremos por ello singularizar su tratamiento, considerando, por lo que a la disciplina constitucional se refiere aplicable a la libertad contractual *mortis causa* las mismas consecuencias que para la libertad de testar se deduzcan, salvo algún matiz.

2) Establecimiento de un orden de suceder *ab intestato*, en ausencia total o parcial (por defecto o invalidez del acto, o inca-

(6) Para una completa visión de conjunto sobre el concepto y estructura del testamento y la designación del favorecido se envía a CAPILLA RONCERO, en CAPILLA *et al., Derecho de Sucesiones*. Valencia, 1992, pp. 97-127 y 153-171,

(7) Información global sobre la doctrina general de la legítima, y la posición jurídica de los legitimarios, en LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 307-357.

(8) Sobre la cuestión contractual, vid. la exposición general de ROCA I TRIAS, en *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 297-307.

pacidad del llamado por esta vía) del testamento (y obviamente, con las peculiaridades de su régimen, del contrato sucesorio), orden de suceder que se extiende a los parientes, el cónyuge, y el Estado. Siempre al cónyuge superstite, indefinidamente en las líneas rectas de ascendientes y descendientes, con preferencia de la de éstos, y limitado el llamamiento en la línea colateral hasta el cuarto grado, que es cuando sucede el Estado, o en su caso, la Comunidad Autónoma correspondientes (artículos 912 a 958 para el Derecho Común; la regulación de los Derechos Civiles territoriales se ajusta a los mismos principios, con alguna diferencia importante en algún caso: distinción de la procedencia de masas de bienes, y correlativa bifurcación del orden de suceder, extensión hasta el sexto grado colateral)(9).

6. De todo lo expuesto con anterioridad, se deduce claramente que el problema de la continuidad de las relaciones jurídicas de una persona tras su fallecimiento se ha resuelto en el Código Civil y en los Derechos civiles territoriales (como consecuencia de una deriva histórica bimilenaria), de modo esencial, de dos maneras. Una, mediante el ejercicio de un acto de autonomía privada del causante, del que era principal manifestación la figura del testamento, y más marginal la del contrato sucesorio; otra, el llamamiento al patrimonio hereditario hecho por la ley a las personas de un círculo, generalmente compuesto por los parientes más próximos, y, eventualmente, al Estado. Alrededor de estas instituciones se ha vertebrado, desde hace largo tiempo, el Derecho de Sucesiones.

Sin embargo, la contextura de las sociedades industriales modernas ha determinado el nacimiento y utilización de mecanismos a través de los cuales se transfiere la titularidad de los bienes más allá de la muerte de la persona, y que no se ajustan a las fórmulas tradicionales (vgr.: cesión de cuotas de participación en sociedades, cuentas de ahorro indistintas, seguros para causa de muerte, constitución de fundaciones). Al mismo tiempo que este fenómeno, con seguridad conectado a la acrecida importancia y a la emergencia de nuevas formas de titularidad y de control de la

(9) Completo panorama de la sucesión legal en *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 483-505, por VALPUESTA FERNANDEZ.

riqueza, y al evidente deseo de escapar de los resultados de una política fiscal gravosa, se produce otro en paralelo, y es el de que en el importantísimo sector social del trabajo subordinado hay minuciosas regulaciones de aspectos concretos conectados con la muerte de una persona, que salen de los esquemas tradicionales reglados por el Derecho civil: piénsese en los seguros sociales en caso de muerte del trabajador, en la normativa de la Seguridad Social relativa a la pensión de viudedad, etc.

A decir verdad, los fenómenos antes reseñados inciden sobre las instituciones tradicionales de la sucesión *mortis causa* de forma muy señalada: reducen cada vez más el papel del testamento, en cuanto aparecen manifestaciones de la autonomía privada, distintas estructuralmente a él, pero que se subrogan en sus funciones; alteran profundamente el orden de los llamados en la sucesión *ab intestato*, en la medida de que se defieren bienes fuera del círculo tradicional de la familia; y en muchos casos, no dejan espacio a la autonomía de la voluntad, por tratarse de regulaciones de derecho necesario(10).

No obstante, y con ser ciertos los anteriores hechos, conviene no magnificar su significación. La existencia de patrimonios hereditarios con cierta importancia, mas allá de las meras prestaciones de la Seguridad Social, es apreciable; y la presencia de bienes que no pueden o no suelen ser deferidos *mortis causa* mediante instrumentos que no sean los tradicionales, es también cierta. Pero además se debe añadir que la sucesión a causa de

(10) La pérdida de funciones y la menor importancia económica del Derecho tradicional de la sucesión a causa de muerte es objeto de afirmación bastante generalizada, aunque se difiera en la magnitud del alcance de dichos fenómenos y se tenga ante ellos una u otra actitud ideológica. Desde el pensamiento social-cristiano, inteligentemente conservador, de RESCIGNO, *Introduzione*, cit., págs VI-VIII, al marxismo canónico (y por consecuencia, tan desvelador de la realidad) de RENNER, en *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, traducción italiana de MITTENDORFER, con el nombre de *Gli istituti del diritto privato y la loro funzione sociale* (con una introducción de Arduino AGNELLI), Bologna, 1981, pp. 188-197, pasando por las posiciones críticas de LISSERRE ,en el *Trattato di diritto privato*, dirigido por RESCIGNO, V, *Successioni-I*, Torino, 1984, p. 7, y de WIETHOLTER, op. cit., pp. 162-167, con agudas observaciones, de las que cabrá mas adelante traer provecho en orden a la cuestión de la garantía institucional, hasta las contenidas en el libro alternativo dirigido por LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, traducido al español por varios colegiales del Real Colegio de San Clemente de los Espanoles en Bologna con el título *Derecho Privado. Un ensayo para la ensenanza*, Bolonia ,1980, pp. 498-499 (de las que es autor SCANNICCHIO).

muerte plantea problemas de carácter general, cuya visión global y central solo puede suministrarla el conocimiento de las instituciones tradicionales, nucleadas en el Código Civil y en la Compilaciones forales por larguísima trayectoria histórica. Todo ello nos conduce a constatar la vigencia actual del Derecho de Sucesiones, tal como a lo largo de siglos ha llegado a estar configurado, aunque ciertamente haya que tomar nota de una cierta pérdida de importancia de la sucesión *mortis causa* en el actual contexto económico, y que reconsiderar, ante la aparición de los nuevos fenómenos apuntados, la fundamentación y estructura de algunos de los institutos del Derecho sucesorio tradicional. Reconsideración que, sin duda, resulta crecida al hilo de la obligada relectura de las normas civiles como consecuencia de la vigencia de la Constitucion de 1978, y tendrá ocasión de verse.

7. Dicha relectura del Derecho de Sucesiones a la luz de los mandatos constitucionales parece una tarea obligada, por razones evidentes de congruencia y ajuste de todo el sistema normativo, que debe venir penetrado por los valores del orden político que diseñan aquellos. No creemos que se pueda sostener, o comportarse como si se sostuviera, la actitud, por cierto cada vez más erosionada, de una cierta civilística para la que orden civil y orden político son mundos unidos por lazos tan tenues que consienten el tratamiento de las instituciones adscritas a uno u a otro con separación absoluta o casi absoluta. Si algo demuestra el estudio de las instituciones fundamentales del Derecho Civil es su intrínseca politicidad, en cuanto conformadoras de la sociedad de manera estrecha y con largo alcance en el tiempo: la prueba de ello es que las (verdaderas, no accidentales) mutaciones de la estructura política tienen que acabar haciendo sus cuentas con el Derecho Privado, y muy especialmente con el que lo es por excelencia, el Derecho Civil, sin que ello signifique la pérdida de su legado histórico en términos radicales(11).

Esta intrínseca politicidad de las instituciones civiles res-

(11) Como ilustración de las ideas referidas en el texto, séanos permitido enviar a LOPEZ Y LOPEZ, *Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación*, en *Centenario del Código Civil (Asociación de Profesores de Derecho Civil)*, II, Madrid, 1990, pp. 1164 ss.

plandece de manera muy significativa en el Derecho de Sucesiones(12), aunque los debates a que da lugar son claramente apendiculares de los que suscita la propiedad privada. En otros términos: no hay rastros significativos de una controversia "autónoma" sobre la herencia, es decir, una que se entable sobre la base de la negación de la misma, aún admitida la propiedad privada. Ello, en el fondo, viene a ser lo mismo que decir que nunca se ha planteado como solución al problema del destino de los *bona vacantia* privados su devolución a la colectividad como tal, en el evento de la muerte de su titular. Como ha quedado apuntado, en la medida en que ha habido una propiedad, ha habido una herencia(13). Cuando se ha querido negar, total o parcialmente, la herencia, se ha negado la propiedad. El papel del Estado en la herencia no ha sido contemplado históricamente como un heredero necesario y excluyente de cualquier titular privado: su presencia en la sucesión *mortis causa* (que, como es sabido, existe) responde a otras razones y a otros fundamentos; pero una querella colectivista del tipo que hubiera suscitado tal

(12) Como ejemplo (por cierto ilustre) de esta visión del Derecho de Sucesiones, las palabras de A. DE TOCQUEVILLE, en su celebérrimo *De la Démocratie en Amérique* (1835) (manejo la edición en español traducida como *La democracia en América*, por Luis R. CUELLAR, Mexico-Buenos Aires, 1963): "Me sorprende que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones una gran influencia en la marcha de los negocios humanos. *Esas leyes pertenecen, es verdad, al orden civil; pero deberían estar colocadas a la cabeza de las instituciones políticas, porque influyen increíblemente sobre el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas no son mas que su expresión...* Constituida de cierta manera, reune, concentra, agrupa en torno de alguna cabeza la propiedad y muy pronto, después, el poder, haciendo surgir, de algún modo la aristocracia de la tierra. Conducida por otros principios y lanzada en otra dirección su acción es mas rápida aún: divide, reparte y disminuye los bienes y el poder" (p. 68; la cursiva es nuestra). En los párrafos siguientes, DE TOCQUEVILLE pone de manifiesto las consecuencias que sobre el orden de la propiedad privada inmobiliaria, la configuración de la familia, y la distribución del poder político trae un Derecho sucesorio que adopte la regla del reparto igual: "logra herir profundamente a la propiedad territorial y hace desaparecer con rapidez familias y fortunas" (p. 70), lo que le parece la premisa de esa igualdad de condiciones que en su obra es el "hecho generador" de la democracia (p. 31), y que ve particularmente realizado en la Norteamérica de su época. DE TOCQUEVILLE no puede dejar de sentir simpatía por una regla, la del *partage égal*, que había sido concebida como un instrumento del *Code Civil* para el desmembramiento de la estructura territorial del Ancien Regime, y que fue objeto de apasionadas discusiones en Francia (*¡la machine à hàcher le sol!*); sobre ello volveremos mas adelante. Ahora bien, y sobre ello también se dirá algo más en su momento, la profunda mutación en nuestros días de la estructura social de la que parte su análisis sirve de contraluz para poner de manifiesto algunas de las causas del actual apagamiento de la cuestión de la herencia, tal como se señala en el texto.

(13) Vid. nota 4.

papel de heredero general, necesario y excluyente de bienes encabezados a título particular es desconocida en la tradición jurídica que nos es propia. En efecto, dentro de ésta, las posibilidades barajadas han sido la exacción del impuesto sucesorio,y su incardinación en el orden de la sucesión *ab intestato*(14). Solo de manera ocasional, se ha planteado la idea de una participación del Estado en la herencia, conjuntamente con los otros herederos, como si de un legitimario se tratase, y mas allá del impuesto sucesorio(15).

---

(14) Que se ha fundamentado de manera diversa: bien como un derecho de carácter hereditario, en el que el Estado se pone en lugar de la familia, en defecto de esta ("L'Etát c'est le cousin de touts", COLIN, *Le droit de succession dans le Code Civil*, en *Livre du Centenaire*, I, París, 1904, p. 297), bien como un derecho de adquisición por razón de soberanía. Sobre esta cuestión, abundantes datos de Derecho Comparado e histórico (desde la legislacion *caducaria* como sede de la que derivar una configuración de la adquisición de los *bona vacantia* por el Estado *in heredis loco*, a la construcción de dicha adquisición bajo el amparo de la idea de dominio eminente de acuerdo con ideas germánicas y feudales, que encuentran reflejo en el Derecho Francés, pasando por la influencia de este último en el Derecho histórico español y la reacción contraria), en DE LOS MOZOS, *La sucesión abintesto en favor del Estado, ADC*, 1965, pp. 393-409; vid. asimismo, SANTORO-PASSARELLI, *Teoria della succesione legittima dello Stato*, ahora en *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, pp. 595-630, el cual pone de manifiesto, amén de también ricos datos históricos, una tercera fundamentación (despues de haber rechazado con contundencia que fundamento de la sucesión legal sea la voluntad presunta del causante), la de la función social de la propiedad, invocando las opiniones de CIMBALI (para quien en la propiedad hay que distinguir el elemento individual y el elemento social, relativo a la familia y a la sociedad en general, elementos individual, familiar y social que se reflejan en la sucesión testamentaria, la sucesión forzosa y la legal y la sucesión del Estado: *La nuova fase del diritto civile*, en Opere complete, I, 4.ª edición, Torino, 1907, pp. 204 ss.; cita del mismo SANTORO-PASSARELLI, nota 64, pp. 624-625) y de PERSICO, *Il diritto dello Stato sulle successioni vacanti* en *Riv. Dir. Civ.*, 1916, p. 344, según el cual (con evidente reelaboración del pensamiento de CIMBALI, según SANTORO-PASSARELLI, *loc. ult. cit.*)," il fondamento della succesione legittima sta nella natura stessa del diritto di proprietá, e precisamente nel trionfo della funzione sociale, che fa parte del contenuto del diritto stesso, per essere venuto meno con la morte, e con la morte non accompagnata dalla dichiarazione di volontá testamentaria, l'elemento individuale: e questa funzione si concretizza con l'attribuzione dei beni al piú prossimo componente della famiglia, primo e piú inmediato nucleo sociale da prendersi in considerazione ed in mancanza allo Stato, quale rappresentante della societá tutta".

(15) Vid. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 294-295 y nota 5. En la doctrina española destaca, en esta dirección, el planteamiento de Calixto VALVERDE. En 1904 escribe un breve ensayo, publicado en la *Rev. Gen. Leg. Jur.*, tomo 105, pp. 526-537, titulado *El Estado y las sucesiones*. Su lectura, pese al transcurso de los años, resulta de extraordinario interés, como muestra de una literatura jurídica civil que prestaba importante atención a la "cuestión social" y que, aunque no muy numerosa, tal vez mereciera mejor y mayor recuerdo. VALVERDE que, por otra parte, rechaza los planteamientos socialistas de abolición de la herencia ("...doctrinas, que considero exageradas...", *op. cit.*, p. 530), afirma: "...Yo no creo que la abolición del derecho hereditario pudiera constituir un verdadero progreso social, porque ni la herencia es contraria al interés de la sociedad, ni tampoco crea la injusticia al crear una desigualdad; al contrario, la propiedad

Por la misma razón de conexión con la propiedad, sí existe un debate sobre la herencia cuando se pretende la radical mutación de aquella en la hora de la abolición del *Ancien Regime*(16). El debate, aunque rara vez expuesto en conjunto, y con el adecuado resalte de los problemas sucesorios, demasiado absorbidos (lo que, como queda dicho, por otra parte es lógico) dentro del general tema de la quiebra del esquema dominical anterior a la Revolución Francesa, es suficientemente conocido, por lo que aquí, y a nuestro objeto, bastará hacer el trazo de unas líneas generales.

---

individual no puede obtener su maximum de utilidad mientras no sea completada por la herencia, al ser este el mejor estimulante de la actividad, y disminuiria la fortuna pública, por lo mismo que los socialistas olvidan que al trabajar para mí, trabajo para todos; esto aparte, de que lós mas importantes deberes del hombre, que no concluyen con su muerte, quedarían incumplidos, si la herencia no existiera...". (*Op. cit.*, p. 529.) Ahora bien, el Estado (que para VALVERDE es un sucesor regular y normal, de acuerdo con una de las posiciones apuntada en la nota anterior, *op. cit.*, p. 534) "...uno de los elementos que entran como integrantes en toda relación del Derecho Sucesorio [*los ecos de la obra de CIMBALI están presentes en toda la formulación de VALVERDE: la teoría de los tres elementos, individual, familiar, y social presentes en el Derecho Sucesorio será citada por él con expresión de su autor años mas tarde en el "Tratado de Derecho Civil Español", tomo V, Parte Especial. Derecho de Sucesión "mortis causa"*, Valladolid, 1926, pp. 11-18] no puede limitarse su intervención a constreñirse sus derechos tan solo a las sucesiones vacantes, porque entonces el Estado es un elemento subsidiario al lado del individuo y de la familia, lo cual no puede admitirse: por esta razón, el Estado debe tener derechos en todas las sucesiones sin perjuicio de que los tenga mayores en las herencias vacantes. Esta es una tendencia moderna, nacida a consecuencia de las reacciones al exagerado individualismo del siglo anterior, manifestándose esta participación del Estado en las sucesiones bajo la forma de un impuesto sucesoral..." (*Op. cit.*, p. 535) "...Claro es que el impuesto sucesorio, más bien que obedecer estrictamente a la razón fundamental de su existencia, cual es la participación que al Estado toca en las sucesiones, se ha establecido para cumplir un fin meramente fiscal, como una fuente mas de riqueza que el Estado tiene para levantar las cargas que sobre él pesan. De estos inconvenientes... ha surgido la idea de abolir ese impuesto para sustituirle ventajosamente por otro medio que responda a los derechos que el Estado debe tener en toda sucesión, y que sirva como medio de que aquel cumpla sus deberes sociales, relacionados con aquellos derechos, y esta sustitución no puede hacerse mas que estableciendo una legítima del Estado en toda sucesión, con los mismos caracteres que hoy tiene la legítima conocida en el Derecho Civil... una cuota legitimaria, para cumplir los deberes que le están encomendados. muy especialmente los deberes sociales que con el actual impuesto no puede satisfacer..." (*Op. cit.*, pp. 536-537).

(16) No se debe olvidar, sin embargo, que cada vez más se afirma como orientación prevalente desde el punto de vista de la historia de las instituciones civiles la inexistencia de una fractura tan nítida como a veces se pretende entre las estructuras del Antiguo Régimen y el Derecho que surge de la Revolución y acaba plasmando en las codificaciones liberales burguesas. Así lo afirma COLIN, *Le droit de succession* cit., p. 297, nota, para el concreto caso del Derecho de Sucesiones del *Code*. Brillante argumentación sobre la presencia de líneas de continuidad para la propiedad entre ambos períodos del Derecho Civil, en GROSSI, *La proprietá e le proprietá nell'officina dello storico*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988 (17) traducida al español por LOPEZ Y LOPEZ con el título de *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, pp. 123-129.

Si se tienen en cuenta los estrechos vínculos entre transmision de la propiedad por causa de muerte, conservación de estructuras familiares feudales, y consiguiente transmisión y concentración de poder y privilegios en contra de la idea de una comunidad de iguales, encarnada en un Estado centralizado, gobernada de acuerdo con el dogma de la voluntad general, resulta de todo punto claro que la sucesión hereditaria (su concepción de un determinado modo) era un elemento esencial del abatimiento de aquellos poderes y privilegios. Tras un período de paroxismo revolucionario de cuasi supresión de la libertad de disponer *mortis causa,* y de absoluta hegemonía de la sucesión intestada(17), el sistema que asienta el *Code* es el de la coexistencia entre sucesión testamentaria [limitada por la legítima, y con abolición de los fideicomisos y todo tipo de vinculaciones(18)] y sucesión *ab intestato* indefinida en línea recta y de gran extensión en la colateral, agotada la cual y faltando el cónyuge, se llama al Estado; la

(17) Como ejemplo, la casi supresión de la libertad testamentaria. Contra dicha libertad se habían alzado voces como la de MIRABEAU, en discurso leído por TALLEYRAND en la Asamblea: "Il me semble, messieurs, qu'il n'y a pas moins de difference entre le droit qu'a tout homme de disposer de sa fortune pendant sa vie, et celui de disposer après sa mort, qu'il n'y en a entre la vie et la mort même. Cet abîme, ouvert par la nature sous les pas de l'homme, engloutit ègalement ses droits avec lui; de manière qu'a cet egard être mort, ou n'avoir jamais vecu, c'est la même chose. Quand la mort vient à nous frapper de destruction, comment les rapports attachès à notre existence pourraient-ils encore nous survivre? Le supposer, c'est une illusion veritable, c'est transmettre au neant les qualités de l'être reel. Je sais que les hommes ont professé de tout temps un saint respect pour la volontè des morts. La politique, la morale et la religion ont concouru pour consacrer ces sentiments. Il est des cas, sans doute, où la voeu des mourants doit faire loi par ceux qui survivent. Mais ce voeu lui-même a ses lois aussi; il a ses limites naturelles; et je pense que, dans la question dont il s'agit, les droits de l'homme en fait de proprieté, ne peuvent s'etendre au delà du tenme de son existence". Tomado de TROPLONG, *Donations entre vifs et testaments,* I, París, 1872, pp. 41-42, que glosa con fuerte crítica el discurso de MIRABEAU, pp. 36-48. Justificación de la libertad de disponer *mortis causa,* con argumentos que acabarán siendo tópicos (vid. por ejemplo, THIERS, *De la propiedad,* trad. española, Sevilla, 1848, pp. 38-42) por BIGOT-PREAMENEU, *Exposé des motifs du titre II, liv. III, du Code Civil, des donations entre vifs et des testaments,* en FENET, *Recueil complet des travaux prèparatoires du Code Civil, XII,* Osnabruck, 1968 (reimpresión de la edición de 1827), pp. 509-515: cumplimiento de deberes familiares, insuficiencia de la ley para regular otra cosa que el orden general de las familias, mientra que "la volonté *(del padre de familia)* sera donc mieux adaptée aux besoins et au avantages particuliers de sa famille" (p. 511).

(18) BIGOT-PREAMENEU, en el *Exposé* antes citado, pp. 515-518, lanza un ataque frontal contra ellas: "...impossible de concilier avec l interét general de la societé cette faculté d'etablir un ordre de succesion perpetuel et particulier a chaque famille, et même un ordre particulier a chaque propriété qui etait l'objet des substitutions" (p. 516).

prohibición del pacto sucesorio; la igualdad entre los herederos legales; y el *partage egal en nature*(19).

Este esquema se traslada en sus elementos más centrales al Código Español, aunque, como es notorio, con matices de cierta importancia(20), provocados, entre otras cosas, por lo tardío del movimiento codificador y de la implantación definitiva de un régimen liberal burgués en materia de propiedad, y la presencia e influencia de los Derechos Forales(21).

II. LA GARANTIA INSTITUCIONAL DE LA HERENCIA

1. El esquema usual de análisis de la disciplina constitucional de los "derechos fundamentales y libertades públicas" y de los "derechos y deberes de los ciudadanos" (en la terminología de la propia Constitución) apela a una doble manifestación de la misma, una de cuyas vertientes se representa en la llamada "garantía institucional", otra en la que se apellida "derecho fundamental", o en su caso, "derecho subjetivo". La distinción, procedente de la doctrina alemana, al hilo de la particular evolución de su experiencia constitucional, ha tomado carta de naturaleza en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, si bien no sin discusiones y matices sobre las respectivas fronteras conceptuales(22). A estas (relativas) incertidumbres de la

(19) La visión de conjunto se puede obtener en COLIN, *Le droit de succession*, cit., pp. 297 ss.; siguiéndole muy de cerca, añade datos de interés LISSERRE, *Introduzione*, cit, pp. 9-15.

(20) Entre los que se puede destacar la pervivencia, principalmente en los Derechos civiles territoriales, de la sucesión contractual, y una significativa atenuación de la forzosidad de la división. Se debe señalar, por otro lado, que en todo el período codificador se vivió un clima polémico sobre la oportunidad de adoptar un régimen sucesorio con mayor o menor libertad de testar, discutiendo la conveniencia de legítimas y mejoras; información sobre el punto en VALLET DE GOYTISOLO, *Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar*, A.D.C., 1966, pp. 3-44, y en CLAVERO SALVADOR, *Formación doctrinal contemporánea del Derecho Catalán de sucesiones: la primogenitura de la libertad*, *Materials III Jornades de Dret catala a Tossa. La reforma de la compilació. El sistema successori*, Tossa, 1984, pp. 9 ss.

(21) Para una sumaria visión de conjunto del proceso histórico formativo del Derecho de Sucesiones español, séanos permitido enviar a LOPEZ Y LOPEZ, en CAPILLA *et al.*, *Derecho de Sucesiones*, cit., pp. 33-36.

(22) Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 1987, y votos particulares de DIEZ PICAZO y RUBIO LLORENTE.

doctrina jurisprudencial se ha de añadir el debate científico sobre las dos categorías citadas, que ha cobrado progresivamente intensidad, y donde las perplejidades suben de tono, pues las posiciones son muy variadas: desde el cuestionamiento de la propia existencia y utilidad de la distinción, hasta, admitida ésta, opiniones diversas sobre la relación entre ambas, y la intensidad de la protección de una y otra manifestación de la tutela constitucional, pasando por precisiones terminológicas complejas(23). No resultaría lógico, en la economía de este trabajo, someter a una revisión pormenorizada tal doctrina, lo que, sin embargo, no puede dispensarnos de formular nuestra posición al respecto, al menos sobre aquellos puntos mínimos que condicionan el particular objeto de nuestro interés, es decir la protección de la herencia en la Constitución española.

Se debe comenzar por afirmar que la diversificación de la tutela constitucional en "garantía institucional" y "derecho fundamental" [en nuestro caso, derecho subjetivo constitucionalmente protegido, sin carácter de fundamental(24)], no tiene consecuencias únicamente en un terreno dogmático, conceptual, o puramente clasificatorio, sino que su entendimiento (o alguno o algunos de sus posibles entendimientos) las tiene desde un punto de vista práctico. Es en este terreno donde consideramos necesario pronunciarnos.

Reducido dicho punto a sus términos más simples, compor-

---

(23) Hitos más recientes e importantes de dicho debate: MARTIN RETORTILLO, L., *Régimen constitucional de los derechos fundamentales*, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pp. 19 ss.; DE OTTO, *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, también en *Derechos fundamentales y Constitución*, pp. 95 ss.; CRUZ VILLALON, *Formación y evolución de los derechos fundamentales, XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Madrid, 1988; BAÑO, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, en *REDC*, 24, 1988, pp. 155 ss.; JIMENEZ BLANCO, *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución, Homenaje a García de Enterría*, II, Madrid, 1991, pp. 635 ss.; GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994.

(24) Por las mismas razones de fondo y sistemático constitucional que determinan que no se pueda hablar de derecho fundamental, refiriéndose a la propiedad, tampoco cabe hacerlo en relación con la herencia. Para la argumentación, permitásenos enviar a LOPEZ Y LOPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, pp. 46-52.

ta las respuestas a los siguientes interrogantes: ¿cómo se determina el contenido de protección, respectivamente, de las garantías institucionales, y de los derechos fundamentales o subjetivos?; ¿de los mecanismos de esa determinación hay que deducir una distinta intensidad de la protección constitucional para las garantías institucionales y para los derechos subjetivos?; supuesta la afirmativa, ¿cuáles son las relaciones entre los dos ámbitos de protección constitucional?

La respuesta a la primera de las preguntas parece que debería ir precedida de una fijación anterior de cuál es el ámbito de protección de la garantía institucional; es decir, se habría de señalar o determinar previamente cuál es ese ámbito. Sin embargo, ello no es posible hacerlo por la característica misma de suma abstracción de las normas constitucionales, que al "reconocer" una institución no establecen directamente su contenido. Como tuvimos oportunidad de exponer en otro lugar para el derecho de propiedad, y el discurso es trasladable también a la herencia(25), el dato textual de la Constitución es ineficaz, debiéndose rechazar todo planteamiento apriorístico de carácter iusnaturalista sobre su significado, estéril como siempre, a la hora de describir una regulación concreta(26), lo que aboca de manera necesaria al análisis de los postulados jurídico políticos de la llamada "Constitución material", y en cambio dar especial importancia al dato histórico, que ha de venir modalizado por los principios del Estado social(27), y tener en cuenta la inutilidad de una búsqueda en la legislación ordinaria(28). Se hace necesario, entonces, para llenar de contenido al "reconocimiento" constitucional, apelar a la particular finalidad de la norma, desde el ángulo de su *ratio* jurídico política, identificando la misma, y los órdenes en que debe desenvolver su eficacia. Ahora bien, si no queremos caer en una petición de principio, o en la falacia de encontrar dentro de la Constitución lo que en la

(25) Máxime cuando ambas aparecen conjuntamente como objeto del "reconocimiento" en el artículo 33.1. de la Constitución, y cuando, como se ha visto y se seguirá viendo, la garantía de la herencia no es sino una peculiar manifestación de la propiedad.
(26) *La disciplina constitucional,* cit., pp. 30-32.
(27) *La disciplina constitucional,* cit., pp. 33-37.
(28) *La disciplina constitucional,* cit., pp. 38-41.

Constitución no hay, lo único que se puede hacer es indicar la metodología para individualizar aquellos órdenes de eficacia, lo que siempre será un mecanismo de determinación indirecta de los mismos. Lo que avala la afirmación efectuada un poco más arriba: no es posible delimitar previamente cuál es el contenido de la garantía institucional; lo único que se puede hacer es señalar los caminos o vías por los que, en cada caso de "reconocimiento" constitucional, se alcance la tal delimitación. O dicho de otro modo, no hay forma de fijar el *qué* de la garantía institucional, sino a través de la fijación del *cómo*(29).

Esa fijación, ¿de qué manera puede efectuarse? De alguna manera ya lo hemos anticipado: recurriendo al "rostro histórico"(30) del Derecho de sucesiones, no considerado como algo inmutable, sino como el núcleo básico que ha pervivido a lo largo de los tiempos, en función de la correlación material de fuerzas en la sociedad, siempre que resulte compatible con los postulados del Estado Social que dibuja la Constitución en materia de organización económica y social(31). Es este valor histórico en orden

(29) El estudio del surgimiento del concepto de garantía institucional en la doctrina alemana nos pone ante los ojos que precisamente la necesidad de llenar de contenido las remisiones de la Constitución de Weimar a la reserva de ley para regular una materia, en suma la necesidad de completar la mera garantía formal que resultaba de la exigencia de un rango determinado, está en el fondo de esa categoría. Esta cristaliza en la constatación de que en la norma fundamental se mencionan una serie de instituciones, y de que en dicha mención es identificable una finalidad protectora, cuyo efecto específico se despliega en un triple orden: su *dirección* (*Schutzrichtung*) frente al legislador, su *intensidad* (*Schutzdichte*), históricamente determinada, y su *dimensión temporal* (*Zeitlicher Schutzerstreckung*), que quiere evitar no ya los ataques frontales, sino los efectuados a través de la acumulación de medidas sucesivas (PAREJO ALFONSO, en *Garantía institucional y autonomías locales,* Madrid, 1981, *apud* JIMENEZ BLANCO, *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución,* en *Homenaje a García de Enterría*, II, Madrid, 1991, pp. 637-638).

(30) En este sentido, afirmando la preservación por la propia Ley Fundamental de un núcleo histórico, pero de acuerdo con su núcleo de valores LANGE-KUCHINKE, en *Lehrbuch des Erbrechts*, Munchen, 1978, p. 22: "Das GG ergreift darum *von* seinen *Wertsystem* aus, *nicht nur* von seine ausdrücklichen *Bestimmungen* her, auch das *Erbrecht*. Dieses ist in einer 2000-jährigen abgewandelt das Wertsystem der eigenen Zeit. Das Privatrecht wehrt sich darum gegen eine Unformung durch das GG". Cursivas del autor.

(31) Lo cual implica que la garantía no supone la inmutabilidad, ni la imposibilidad de intervención estatal, siempre que se ajuste a un principio de ponderación y racionalidad, en función de fines político-estatales de superior rango, intervención que en cualquier caso, debe dejar al menos una zona residual para la adquisición, conservación y transmisión de los bienes, tanto desde el punto de vista de la propiedad, como del de la herencia. Así LANGE-KUCHINKE, *op. cit.*, p. 24: "Die Gewährleistung von Eigentum und Erbrecht... Der staatliche Eingriff in diesen Schutzbereich steht unter dem Abwägungsgedanken. Er ist nur zulässig, wenn staatspolitische Ziele von höherem

a la determinación del contenido de la garantía institucional el que late en la jurisprudencia constitucional(32) cuando se afirma que "la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado o fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que las regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace" (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981).

Este rostro histórico ponderado con los valores constitucionales de la organización económica es el único parámetro de determinación de la garantía institucional.

Si esto es así para las garantías institucionales, ¿cómo es para los derechos fundamentales o los derechos subjetivos especialmente protegidos por la Constitución? El problema se plantea en términos distintos en principio, porque señalando la propia Constitución que tales derechos están sujetos a la reserva de ley y que ésta deberá respetar el contenido esencial del derecho en cuestión, parece que tanto una como otra técnica (reserva de ley, contenido esencial) son ajenas a la garantía institucional(33),

---

Rang als die Eigentumserhaltung erreicht werden sollen. In jedem Falle aber muss ein *Restbereich* für den Erwerb, die Erhaltung un Vererbung von Vermögen bleiben". Cursiva del autor.

(32) Para JIMENEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 639 supone la recepción de la doctrina alemana dominante, en los tres órdenes de *dirección, intensidad y dimensión temporal* citados. Vid. nota 29.

(33) Así lo pone de manifiesto DE OTTO, en *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en MARTIN RETORTILLO (L.)-DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución, cit.*, págs. 97-103. Nosotros mismos ya habíamos llegado a una conclusión similar en materia de propiedad, y la seguimos suscribiendo para el caso de la herencia: LOPEZ Y LOPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., pp. 43-46.

desde un punto de vista de interpretación sistemática de la Constitución, y en concreto del artículo 53.1 de la misma. Empero, ello no significa que la protección en las garantías institucionales tenga menor intensidad que en los derechos constitucionalmente tutelados(34): sencillamente se opera con otras técnicas, en función de su diverso sentido. La razón es simple: una cosa es consagrar un ámbito irreductible para el legislador, otra cosa marcar los límites de su intervención en el ejercicio de concretas titularidades que, por otra parte, traen causa de la existencia de aquel ámbito.

Sin embargo, la cuestión de la diversidad de las técnicas tiene una importancia relativa cuando de las garantías institucionales pertenecientes al orden del Derecho Privado se trata, como se ve cuando se intenta responder al tercer interrogante que nos habíamos planteado: ¿cuáles son las relaciones entre los dos ámbitos de protección constitucional? Dicha relación se plantea como de lo abstracto y general (garantía institucional) a lo concreto (derecho subjetivo)(35), con la excepción representada por la posibilidad de que haya garantías institucionales que no funden derechos subjetivos(36). Ahora bien, prescindiendo (y sin prejuzgar su validez general para nosotros, perfectamente plausible) de afirmaciones como que "los derechos fundamentales suponen siempre garantías institucionales"(37), "las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece estas distinciones, sino variedades de los derechos fundamentales"(38), o de que la garantía institucional no sino un estadio de madurez de los derechos

(34) Justamente, DE OTTO, *op. cit.*, pp. 100-102.

(35) De «garantías genéricas" y de "garantías específicas" habla GARCIA MORILLO, en LOPEZ GUERRA *et al.*, "Derecho Constitucional", I, Valencia, 1991, pp. 374-375.

(36) Como es el caso de la autonomía local, sede primera en la configuración del concepto "garantía institucional". Vid. PAREJO ALFONSO, *apud* JIMENEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 636-638.

(37) Voto particular del Magistrado DIEZ PICAZO en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 1987.

(38) Voto particular del Magistrado RUBIO LLORENTE en la sentencia citada en la nota anterior. "Garantías de instituto" es el término tradicional en la doctrina alemana para indicar las relativas a las materias de Derecho Privado.

fundamentales, el mecanismo de identificación de un instituto que permita la preservación de en contenido para un derecho concreto (un "contenido institucional", *prius* lógico y axiológico de un "contenido esencial")(39), las garantías institucionales del Derecho Privado siempre son premisas, y al mismo tiempo, y de modo reflejo, consecuencia de los derechos subjetivos, por la sencilla razón de que todo el sistema del Derecho Privado no es sino un sistema de derechos subjetivos(40). De todo ello resulta lícito concluir, al objeto específico de nuestro interés, que la relación entre garantía institucional y derecho subjetivo no es un compartimento estanco, viniendo a estar claramente configuradas las vertientes de la protección de la herencia como el aspecto genérico y el aspecto específico de esa misma protección, con la existencia por tanto de una interrelación permanente y recíproca entre los mecanismos de determinación de una y otra, entre el contenido "institucional" de la garantía acuñado por el rostro histórico, y la reserva de ley y el contenido esencial como límites de los límites que el legislador puede poner al ejercicio de los derechos subjetivos en la sucesión a causa de muerte.

Que todo ello permanezca en un terreno de "abstracción y vaguedad de las formulaciones no puede ocultarse, aunque tampoco quepa minimizar su utilidad como modelos de referencia en el proceso de aplicación del Derecho", con acusada dependencia de los criterios elaborados por la jurisprudencia constitucional, la única que puede hacerlos realmente operativos a partir de la decisión de cada caso concreto", siendo "la jurisdicción constitucional la única instancia capaz de actualizar y hacer operativas las técnicas constitucionales"(41).

2. Con el bagaje anterior, debemos entrar ya en la exposición del concreto objeto de nuestro estudio, que se ceñirá a la

(39) Como es el pensamiento de CRUZ VILLALON, *Formación y evolución* cit., *passim*.

(40) Para la ilustración de como todos el sistema del Derecho privado se convierte en un sistema de derechos subjetivos, séanos permitido enviar a LOPEZ Y LOPEZ, *Geny, Duguit y el derecho subjetivo. Evocación y nota sobre una polémica*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1991, pp. 162-166 y bibliografía esencial allí.

(41) Así, con toda precisión, PAREJO ALFONSO, *apud* JIMENEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 637-638.

garantía institucional. Como hemos tenido ocasión de decir ya en este trabajo, y expusimos con más pormenor en otro(42), el verbo "reconocer" que se emplea en el artículo 33.1. del texto constitucional, carece de preciso sentido, en cuanto viene referido a realidades muy diversas, y no consiente individualizar en él ni un concepto técnico ni un canon valorativo sobre la naturaleza de "lo reconocido", ya como *prius* que antecede al "reconocimiento", o como *posterius* que es consecuencia del mismo.

Como también hemos afirmado(43) son los valores de la llamada "Constitución material" los que representan los posibles medios para identificar una institución como reconocida. Y así, lo mismo que estos valores llevaban a la afirmación de que la propiedad objeto de reconocimiento venía a expresar la existencia necesaria de un ámbito de apropiación privada, debemos concluir que herencia, en el texto constitucional, no es sino la preservación de un ámbito privado de transmisión *mortis causa*. Si se recuerda lo que se ha dicho anteriormente sobre las contradicciones esenciales del Derecho sucesorio polarizadas alrededor del papel del individuo, de la familia y el Estado, la garantía institucional de la herencia lo que expresa de una manera primaria es la preservación de un ámbito de poder del individuo sobre sus bienes, más allá de su muerte, lo que por pura lógica no es otra cosa sino un círculo de disposición de bienes *contemplatione mortis*. Sin la existencia de este poder individual la garantía quedaría aniquilada.

En el anterior sentido se puede decir que el artículo 33.1 CE garantiza la herencia como institución, significando ello su contemplación no desde la perspectiva de las facultades individuales de los causantes, sino desde la del complejo conjunto de normas ordinarias que se ocupan del derecho a suceder con motivo de la muerte de una persona. Como tal garantía institucional está dirigida principalmente al legislador(44), el cual puede regu-

(42) LOPEZ Y LOPEZ, *La disciplina constitucional*, cit., pp. 30 ss.

(43) De nuevo, sea lícito remitir a *La disciplina constitucional*, cit., pp. 33 ss.

(44) En tal sentido, PAPIER, *op. cit.*, pág. 116. El autor habla de la salvaguarda de un "Wesensgehalt", "contenido esencial", refiriéndolo a la garantía institucional, lo que tiene todo sentido para el Derecho Constitucional alemán, y no tanto para el nuestro, fundamentalmente por razones textuales: basta confrontar a este efecto el artículo 14.1. GG ("Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken wer-

lar el Derecho sucesorio contenido en las normas civiles de acuerdo con los principios esenciales del Ordenamiento y las estructuras constitucionales fundamentales. Significa ello que tiene que extraer de la regulación de la herencia qué determinaciones son esenciales, y cuáles, en cambio, son más bien detalles técnico jurídicos, y por consiguiente, no esenciales. La decisión acerca de qué reglas fundamentales del Derecho hereditario moderno gozan de un aseguramiento constitucional tiene que ser tomada con utilización, por un lado, de un estricto contexto valorativo de la institución sucesoria, y por otro, en referencia a la garantía constitucional de otras instituciones del Derecho Privado: son éstas, en esencia, la propiedad privada y la familia(45). De acuerdo con estas medidas de orden valorativo y de acuerdo con los enlaces funcionales de la organización de las garantías de la propiedad y la familia con la garantía de la herencia se acuñarán las estructuras jurídico-hereditarias que no pueden ser fijadas por el legislador ordinario(46). Estos enlaces valorativos se pueden agrupar (y ya anticipamos alguna conclusión, sin perjuicio de su más pormenorizada demostración) del siguiente modo: por una parte, la garantía de duración y aprovechamiento de la propiedad, que trae consigo un correlativo poder de disposición *mortis causa* y la correlativa libertad de testar; y por otra la vinculación familiar del patrimonio, que implica un correlativo derecho a la herencia de los parientes más próximos(47).

Comencemos por el primero de los enlaces. En este punto sí puede resultar significativo el dato literal: la regulación conjunta de la herencia con la propiedad indica el estrecho contexto en que se mueven ambas garantías(48). Mediante la herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, constituyendo pro-

den durch die Gesetze bestimmt") con el artículo 33.1. C.E. De todos modos, la cuestión tiene una importancia relativa, si se acepta lo antes dicho sobre la relación entre garantía institucional y derecho subjetivo, y en especial cuando se refieren al Derecho privado.

(45) BOEHMER, en página 413 del estudio que más influjo ha ejercido sobre esta materia: *Erbrecht*, en la obra colectiva dirigida por NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, II, 1954, pp. 401-423.

(46) BOEHMER, *Erbrecht* cit., p. 412.

(47) BOEHMER, *Erbrecht* cit., p. 410.

(48) Así lo señala para la Ley fundamental alemana BOEHMER, en *Erbrecht* cit., p. 401. Su afirmación es válida también para la fórmula de nuestro artículo 33.1.

piedad y herencia de manera igual elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada. En este sentido la herencia puede estimarse incluso como un apartado de la garantía de la propiedad(49). La propiedad, en el sentido del texto constitucional, abarca no solo la facultad de aprovechar, sino también la de transmitir de manera permanente. El legislador ordinario, por consiguiente, tiene que reconocer la facultad de disposición negocial sobre el destino del patrimonio en caso de muerte(50).

Estas afirmaciones, no obstante, necesitan de algún matiz, aunque puedan ser confirmadas en su práctica totalidad. En efecto, el mantener más allá de la muerte en manos privadas los bienes de contenido económico, es decir, la consagración de un designio individualista en esta incumbencia, no nos parece pueda ser discutida. Ahora bien, no creemos que del principio de preservación del patrimonio (o de parte de él) en manos privadas tras la muerte de su titular, núcleo duro de la garantía, se pueda deducir sin más que en él se comprende una libertad de disposición negocial, lo cual equivaldría a constitucionalizar directamente el testamento y el contrato sucesorio. En efecto, en la Constitución no existe una cláusula que consagre *directamente* la autonomía de los particulares, en su versión de libertad negocial en el terreno del Derecho privado. No se puede inferir del "libre desarrollo de la personalidad" de que habla el artículo 10 CE, sin hacer una lectura extensiva e ideologizada del mismo. La autonomía privada, en sí y por sí, no es un instrumento del "libre desarrollo de la personalidad". Cosa distinta es que fundados en él se reconozcan y amparen ámbitos de desenvolvimiento del individuo que necesiten un acto de autonomía como instrumento (vgr. el matrimonio, la asociación o la sindicación); pero el acto de autonomía es

---

(49) Así BOEHMER, *Erbrecht* cit., pág. 407; PAPIER, en *GrundGesetz Kommentar*, II, Munchen, 1989, sub art. 14 GG, p. 116.

(50) En este sentido, OTTE, en *Staudingers Kommentar*, 12.ª edición, V, *Erbrecht*, Berlín, 1989, pp. 16-17, con exposición de las más importantes opiniones en esta materia, casi siempre concordantes en la estrecha relación entre la garantía de la herencia y la de la propiedad. Resultan significativas las palabras de un pronunciamiento del *BundesVerfassugGericht*, que transcribe: "die Testierfrieheit... ist als Verfügungsbefugnis über den Tod hinaus eng mit der Garantie des Eigentums verknüpft".

siempre secuencial, y deducir su existencia necesariamente del principio del que es instrumento, es un abuso lógico, porque puede no ser el único instrumento, y en consecuencia, quedar a la disposición del legislador ordinario, siempre que exista alternativamente otro, que pueda llenar las mismas finalidades. Trasladado este razonamiento a nuestro caso, diremos que si de lo que se trata es de mantener en manos privadas los bienes tras el fallecimiento de su titular, ello puede conseguirse sin necesidad de acudir al testamento o al contrato sucesorio. Bastaría con un orden legal de llamamientos (a quiénes y hasta qué límite debería llamar es otra cuestión, pero habría que solucionarla en paralelo, y de ello se hablará enseguida) a los particulares: tan es así que el acto de autonomía no es jurídicamente necesario ni siquiera para el legislador ordinario, lo cual indica claramente la existencia de un mecanismo alternativo, claramente parificado al otro desde el punto de vista funcional(51).

Sin embargo, creemos que la conclusión de que el acto de autonomía está garantizado constitucionalmente debe ser mantenida, pero no por su intrínseca necesidad para el cumplimiento de la garantía constitucional de la herencia, *ex* artículo 33.1 CE, entendiendo aquella necesidad como un imperativo de la lógica. El imperativo no es aquí lógico, sino más bien de carácter histórico: parece que la densidad de la tradición del testamento es tan grande, que el "rostro histórico" del Derecho de Sucesiones acuñado en una deriva bimilenaria padecería gravemente si una intervención del legislador ordinario suprimiera la figura. Más precaria quizás sería la conclusión en el caso de los contratos sucesorios. De todos modos mantener su existencia como figura, no significa consagrar su actual regulación, haciéndola indisponible para el legislador ordinario, que, manteniendo su función como acto de disposición de bienes para más allá de la muerte tiene amplísimos poderes de conformación del testamento: formas de la disposición, reglas sobre la

(51) Porque, en efecto, la polémica de la prioridad o favor legal de uno u otro llamamiento carece de sentido hoy, perdidas las claves históricas que la fundaron. Información sobre el punto en LISSERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, pp. 107 ss.

capacidad, requisitos de validez, causas de impugnación y revocación, etc.(52)

Debemos ocuparnos a continuación del enlace de la garantía de la herencia con la de la familia. El Derecho sucesorio ha sido históricamente un Derecho de tradición familiar. Ello explica la existencia de lo que se ha denominado un principio de vinculación familiar del patrimonio a la hora de la sucesión *mortis causa*. Cierto es que dicha vinculación no puede suponer una continuación de la propiedad individual transformada en propiedad familiar, pues ello llevaría a la desaparición de aquella, que es la constitucionalmente garantizada; pero no es menos cierto que la supresión de esa vinculación, bien a través de los mecanismos de la libertad de disponer, bien mediante la herencia legal dejarían un residual interés jurídico al propietario individual(53).

Ahora bien, una vez que queda establecido el principio de vinculación familiar del patrimonio en la sucesión *mortis causa*, resulta bastante complicado obtener conclusiones más precisas, en orden a su contenido y alcance.

A nuestro modo de ver, y atendiendo como siempre a lo que hemos dado en denominar el "rostro histórico" del Derecho sucesorio, y muy concretamente el de nuestro país, parece que la vinculación familiar del patrimonio hereditario incluye las siguientes cosas: *a)* la posibilidad de destinar bienes fuera del círculo familiar; *b)* la necesidad de que ciertos parientes, caso de existir, perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar (sería lo que en nuestra terminología llamamos legítima); *c)* la posibilidad, salvando un mínimo igualitario (al que se referiría la necesidad enunciada *sub b)*, de disponer dentro del círculo familiar, desigualando a los destinarios; en este punto, ya es más dudoso que se constitucionalice la desigualación (que nosotros llamaríamos mejora) con cargo a una cuota de reserva (legítima larga, diría-

(52) Vid PAPIER, *op. cit.*, p. 118. Según él (siguiendo a LEISNER), la libertad de testar alcanza el derecho a transmitir el patrimonio, indicando si a título de herencia o legado, dividiendo jurídica y económicamente el patrimonio.

(53) En el sentido de las ideas del texto, OTTE, *op. cit.*, p. 116. Traducimos por vinculación familiar del patrimonio su expresión "Familiengebundenheit des Vermögens".

mos nosotros) previamente asignada de modo necesario al círculo familiar, pero no parece discutible que la posibilidad *sub a)* puede ser ejercitada con respecto a cualquier pariente; queremos con ello decir que en orden a la vinculación familiar del patrimonio no funciona el principio de igualdad; el alcance del artículo 14 CE no creemos pueda llevar a tal extremo(54); *d)* la necesidad de que en caso de no disponer el causante, los bienes o parte de ellos vayan a un círculo parental, determinado por la ley (lo que llamamos sucesión *ab intestato*). Debemos matizar: la sucesión legal con destinatarios privados (es decir, no el Estado o Entes públicos) es una necesidad insoslayable desde un ángulo visual técnico(55), desde el instante en que la garantía institucional supone que ha de existir siempre un ámbito de tránsito de bienes a causa de muerte entre particulares; que esos destinatarios sean familiares del causante responde al principio de vinculación familiar ya enunciado.

Sin embargo, más allá de las anteriores afirmaciones, que nos parecen bastante poco discutibles, al menos en sus formulaciones más generales, quedan en pie incertidumbres que afectan al entendimiento de la garantía institucional en esta vertiente de su vinculación a la familia; incertidumbres que inciden sobre la determinación de lo que resulta disponible por el legislador ordinario a la hora de configurar el Derecho de Sucesiones. En efecto, del anterior planteamiento brotan preguntas como las siguientes: ¿cuál es el círculo de familiares que necesariamente han de recibir parte del as hereditario? ¿hasta dónde llega, también en términos de círculo familiar, el llamamiento legal, en defecto de disposición del causante? ¿hasta dónde puede el legislador determinar la extensión cuantitativa de lo que reciba ese círculo?

La dificultad de base con que se encuentra la obtención de las

(54) En suma, estamos negando, por razones de orden general que no pueden ser abordadas en este trabajo, que la doctrina de la *drittwirkung* sea aplicable al testamento. Para buena información en la reciente doctrina española, ALFARO, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en *ADC*, 1993, pp. 57 ss.

(55) Correctamente SANTORO-PASSARELLI: "...la necessità della succesione... è assicurata dalla vocazione legale", *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, en *Saggi di Diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 590.

respuestas, dado que hemos asumido como método la referencia entre garantías institucionales, y que la de referencia en este caso es la de familia, es, en primer lugar, que dicha garantía no existe en la Constitución Española. Hay un mandato constitucional, dentro de los principios rectores de la política económica y social, para "la protección de la familia" (artículo 39); pero una garantía institucional como tal no se encuentra en todo el texto. En segundo lugar, aunque aceptáramos que parámetro de la protección constitucional fuese uno hipotéticamente derivado (y no se sabe cómo se fijaría su contenido mínimo y uniforme) del mencionado artículo 39, nada nos indica a qué familia se está refiriendo(56). ¿A la familia que los sociólogos denominan "nuclear", compuesta por el matrimonio y los hijos? ¿A un tipo de familia más extenso, que comprendiera ascendientes o descendientes? ¿A la familia "extensa" o "patriarcal", en la que se incluirían parientes vinculados a un tronco común, aunque colaterales entre sí? Ninguna respuesta puede dar el texto, que aparte de la mención del artículo 39.1. no establece en el orden familiar más que la garantía del *ius nubendi* (artículo 32 CE) y la prohibición de discriminación por razón de nacimiento.

La verdad es que el discurso deviene extraordinariamente rebaladizo, porque utilizar cánones sociológicos comporta un cierto peligro de arbitrariedad, y, aunque a nosotros no nos resulte extraño como método la percepción social de lo que las cosas sean, a la hora de deslindar conceptos y correlativa aplicación de las normas constitucionales, todo es muy inseguro en estos terrenos, en un mundo como el nuestro, en acelerado cambio de costumbres y estructura económicas. Además, posiblemente en la sociedad española no hay una única percepción de lo que son los vínculos familiares: la clase social, las diferencias educativas, el hábitat rural o urbano, seguramente abocan a visiones distintas, dentro de la misma sociedad.

De todos modos, al legislador ordinario no le vinculan más

(56) La indefinición en este sentido del artículo 39 es algo comúnmente aceptado. Por todos, ESPIN CANOVAS, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigidos por ALZAGA, IV, Madrid, 1984, pp. 20-21, que apela a una visión sociológica de la familia.

que determinaciones de mínimos, y tal vez no sea muy aventurado decir que el mínimo de familia que nuestra sociedad considera tal es el formado alrededor de la pareja, sus descendientes y sus ascendientes, y tal vez y de modo mucho más tenue, los hermanos de ambos integrantes de aquella. Los así incluidos en el núcleo familiar son el nudo común de dos relaciones paternofiliales, donde ha convivido o convive una pluralidad de descendientes; cierto es que no todos los vínculos se pueden considerar igual de intensos, pero es difícil no considerarlos, en la mayoría de los casos, vínculos estrechos.

Con esta premisa, ciertamente no indiscutible, tal vez cabría avanzar la propuesta de que más allá de los descendientes y los ascendientes, y los propios cónyuges, nada impediría al legislador suprimir cualquier llamamiento forzoso, y con amplia posibilidad de configurar el *quantum*, la forma, y el lugar del llamamiento; y también a nuestro juicio, configurar un orden de llamamiento *ab intestato* que se extienda tan sólo al primer grado de los colaterales. Cosa distinta es que se pretenda alejar al Estado del llamamiento legal, pero esa es otra cuestión, y alguna atención le dedicaremos: lo único que se pretende decir es que, en nuestro pensamiento, más allá de lo expresado no hay una familia que necesariamente proteger; diferente es que se considere conveniente hacerlo; pero esa medida de la conveniencia o inconveniencia no interesa en un juicio de constitucionalidad.

A nosotros nos parece razonable la propuesta, sin olvidar que cuando la doctrina se encuentra con el problema, lo zanja haciendo apelación a una familia "estrecha", a enumeraciones de parentesco más o menos precisas, nunca cerradas, a la familia "más próxima", a la negación de los "parientes lejanos".... con lo que lo deja irresuelto en relación con el límite del llamamiento, que es donde precisamente las dudas sobre la constitucionalidad de una actuación del legislador ordinario pueden plantearse(57).

Queda por contestar hasta donde puede el legislador fijar la

(57) BOEHMER, *op. cit.*, p. 415: "Ehegatten, Abkömmlinge, Eltern"; SKIBBE, *op. et. loc. cit.*: "Ehegatten und der engeren Familie"; DICKE, en *Grundgesetz-Kommentar*, dirigido por VON MÜNCH, 1, 1973, p. 486: "allernächste Familie"; OTTE, *op. cit.*, p. 18, manifiesta que es unánime opinión que no está garantizado el llamamiento a "entferntesten Verwandten".

cuantía de lo que el círculo familiar ha de recibir. La libertad del legislador es amplia, de nuevo, y queda sometido al habitual criterio de ponderación, debiendo no tomar medidas que "hagan irrisoria la garantía"(58).

Hasta ahora hemos definido el contorno de la garantía institucional poniendo en relación la de la herencia con los puntos de referencia que suponían otras pertenecientes al Derecho Privado, y en concreto, la de la propiedad y la herencia. No quedaría completo el tratamiento si no nos ocupáramos de lo que representa otro punto de tensión, que hemos tenido ocasión ya de poner de manifiesto: el papel del Estado en la sucesión *mortis causa*. La cuestión en sus términos más simples puede quedar formulada del siguiente modo: si se afirma que el núcleo de la garantía consistente en la preservación de un ámbito privado de transmisión *mortis causa*, ¿significa ello que la colectividad, representada por el Estado, debe quedar totalmente ausente de participar en el patrimonio hereditario? Desde un punto de vista jurídico político, no sería difícil encontrar la fundamentación de una parte de la colectividad en la sucesión. En efecto, la propiedad que se transmite no ha podido ser nunca acumulada sin la protección del Estado, y en muchos casos, por no decir en todos, sin su concurso, de una u otra manera. Sin embargo, lo que hay que dilucidar desde el punto de vista del Derecho positivo, que es donde pretende moverse este trabajo (aunque, como es lógico, necesite de otros subsidios históricos y doctrinales), es cómo puede hacerse efectiva esa participación. La respuesta tradicional ya la conocemos: a través del impuesto sucesorio; respuesta acuñada, y a la que se suele añadir que el tal impuesto no puede tener carácter confiscatorio(59), lo que, por cierto, es un límite general del sistema tributario español, impuesto por la

(58) En este sentido, SKIBBE, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 6, München, 1989, 17, afirma, en relación con el impuesto sucesorio, pero con afirmación cuya *ratio* se puede extender a toda intervención privadora del Estado, que "muss... die Erbschafteuer zumindest in Verhältnis zu den Erben aus dem Bereich der engsten Familie (Ehegatten, Abkömmlinge. Eltern) den *überweigenden Teil* des Vermögens in die Hand der Erben gelangen lassen". Cursivas nuestras: überwiegenden Teil = parte preponderante.

(59) Argumento reiterado. En la doctrina alemana, por todos BOEHMER, *op. cit.*, p. 410: "Daraus ergibt sich, dass Gesetze, die diesen Charakter des Erbrechts beseitigen oder entstellen würden, als Antastung seines "Wessensgehaltes" verfassungsändernde Qualität

Constitución (artículo 31.1 CE), límite de no muy claro sentido(60).

Admitida esta posibilidad de participación de la colectividad sobre las herencias por la vía del impuesto sucesorio, ¿debemos considerarla la única? Así hay quien lo da a entender(61), como forma de participación directa y necesaria, añadiéndose como una forma de participación eventual la presencia del Estado, en defecto de los parientes llamados, en la sucesión legal(62). Esta última afirmación merece una particular reflexión: la posición del Estado en la sucesión legal, con independencia de cuál sea su estructura técnica, tema en el que nosotros no consideramos

haben würden. Das gilt nicht nur für eine etwaige Reduzierung der Privaterbfolge auf einen Unterhaltsanspruch bedürftiger Familienangehöriger gegen den in übrigen alleinerbberechtigten Staat nach bolschewistischem Muster, sondern auf für eiene so starke Besteuerung des erbrechtlichen Erwerbes, dass von einer privaten Erbfolge im hergebrachten geschichtlichen Sinne nicht mehr gesprochen werden könnte", con cierto "tono de época".

(60) Se afirma que dicho impuesto no puede ser confiscatorio, pues ello equivaldría a negar, por una vía indirecta, sustancia patrimonial al derecho constitucionalmente tutelado; cuándo un impuesto es confiscatorio no es cuestión de fácil establecimiento, sobre todo porque el impuesto no aparece como directamente privativo de facultades de un derecho atribuido a los particulares, sino como una detracción cuantitativa del producto del patrimonio heredado, y la dificultad se incrementa porque a la hora de fijar lo que la Constitución entienda por impuesto confiscatorio habrá de hacerse en relación con la protección de la propiedad, es decir por referencia al contenido del artículo 33 de la Carta Fundamental, que es precisamente también el que consagra la protección de la herencia: con lo cual desde el punto de vista lógico se produce una cierta petición de principio, aunque empíricamente, y remitiéndonos a un juicio de razonabilidad (criterio no impropio de interpretación, y menos en el campo constitucional), la cuestión puede ser resuelta. Sobre el tema, véase PALAO TABOADA, *La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario*, en AA.VV., "La Hacienda pública en la Constitución española", Madrid, 1979, pp. 277-321.

(61) SKIBBE, *op. cit.*, 16; en su pensamiento no hay otro posible derecho del Estado en la sucesión que el derivado de la sucesión legal, y a falta de los privados llamados legal o voluntariamente, o el derivado del impuesto sucesorio; de la misma opinión ya era, hace bastante tiempo D'AGUANNO, *La génesis y la evolución del Derecho Civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales*, introducción de CHIRONI, y traducción española de DORADO MONTERO, p. 538: "¿Qué derechos debe tener el Estado en las sucesiones legítimas? ... Hemos reconocido ya la necesidad de que el Estado ejercite ciertos particulares derechos en toda especie de sucesión. Así como tiene derecho a cobrar un impuesto por toda transmisión de la propiedad de unas manos a otras, como compensación del auxilio que el Estado presta para la adquisición de la propiedad misma y para su garantía, así también es justo que tenga el derecho a percibir, bajo la forma de impuesto de sucesión, una parte del patrimonio de cada ciudadano que muere. Es igualmente justo que esta cuota aumente a medida que se aleja el grado de parentesco del difunto con el que recoge la herencia. Finalmente, es también justo que el Estado herede por entero cuando falten los parientes con derecho a suceder".

(62) Recuérdese la opinión de CIMBALI (que por otro lado ha generado largos ecos) sobre el fundamento de la sucesión del Estado.

necesario entrar(63), es una posición peculiar y autónoma(64), cuyo fundamento no puede verse (o verse no solo) en la necesidad técnica de impedir los graves inconvenientes de la dispersión de los *bona vacantia*, pues una cosa es esta necesidad, y otra cosa es que el destinatario sea el Estado(65). Por muchas vueltas que se le quiera dar al asunto, el Estado hereda por su significación jurídico pública: que lo haga en veste de privado o *iure imperii*, para revertir los productos de las herencias en fines sociales, o sencillamente cumpliendo la tesis de la asunción por su parte de un *munus publicum*, un interés público objetivo consistente precisamente en evitar la dispersión de los *bona vacantia*(66) es de todo punto indiferente: siempre acabará cumpliendo, directa o indirectamente, con los bienes adquiridos, funciones de naturaleza pública(67).

Que la presencia del Estado en la herencia no indica sino las razones de la colectividad se ve más claro cuando inquirimos acerca de la posibilidad de que el Estado participe directa y necesariamente en el patrimonio hereditario, con una parte

(63) Para información del punto se remite a las obras citadas en nota 14 de DE LOS MOZOS y SANTORO PASSRELLI.

(64) Véase ALLARA, *La succesione familiare supletiva*, reimpresión, Torino s.a., pp. 88-91.

(65) ALLARA, *La succesione familiare*, cit., p. 91.

(66) Como es la tesis de SANTORO-PASSARELLI, *La succesione leggittima dello Stato* cit., pp. 631-634. Su formulación no deja de ser curiosa, porque tras la afirmación del carácter publicístico de la adquisición del Estado, en función de soberanía, y no de derecho hereditario, se afirma que dicha adquisición no es para ventaja del Estado, sino para cumplir el indicado *munus publicum*, o interés público objetivo. La tesis del gran jurista italiano parece inficionada por algún prejuicio ideológico (tal vez, ni siquiera consciente): en efecto, es difícil imaginarse que el Estado no traiga ventaja alguna de la sucesión, cuando es llamado a ello; y difícil es imaginarse también, que por la propia naturaleza de la actividad del Estado, esa ventaja no redunde en provecho de los fines generales de la colectividad. Tras ello, como en general, tras la discusión del fundamento de la adquisición *mortis causa* del Estado (*iure privatorum* o *iure imperii*), laten dos ideas alternativas: el Estado es un privado en la sucesión, el Estado es un ente público en la sucesión; de acuerdo con su primera calificación no persigue intereses generales específicamente suyos, de acuerdo con la segunda sí. Ahora bien, aceptar una u otra no carece de consecuencias, y sobre todo de cara a una configuración de la garantía institucional, como se ve más adelante en el texto.

(67) Una visión más pegada a la realidad es la de VALVERDE, *op. cit.*, p. 531, cuando dice, siguiendo a HUBER, que "el derecho del Estado en las sucesiones se manifiesta bajo tres formas en las legislaciones actuales: derecho de los bienes sin dueño, derecho de sucesión, e impuesto. Sólo la segunda de estas formas... pertenece exclusivamente al derecho civil... El derecho del Estado sobre los bienes sin dueños es un atributo de su soberanía territorial, y se confunde este derecho con el sucesional, cuando viene a él en defecto de heredero *bonum vacans*".

sobre él, no en forma de impuesto, sino como si de un legitimario se tratase(68), porque la respuesta no puede obtenerse si no se alarga el discurso.

A estos efectos, conviene decir que el texto constitucional español, a diferencia de otros como el italiano(69), no contiene una específica referencia al derecho del Estado sobre la herencia, y sí, como sabemos, su afirmación fundamental como ámbito de poder privado *mortis causa*. En estas condiciones, sería fácil afirmar que ese específico reconocimiento, superpuesto y de él derivado, al de la propiedad, tiene justamente el sentido de negar los derechos del Estado como coheredero necesario(70), con la consecuencia de que el interés público de aprovechar la muerte de una persona para destinar parte de su patrimonio a ventaja de la colectividad vendría reconocido reductivamente en la forma del impuesto sucesorio, exclusivamente; y a la misma finalidad serviría el alejamiento, en la cadena de los sucedibles en la herencia legal, del Estado(71). Sin embargo, tal argumentación no es sino fruto de un rechazo prejuicioso de la sucesión del Estado, desde luego ínsito en la mentalidad liberal primitiva que ha inspirado los Códigos Civiles(72); pero que, a nuestro juicio, no se corresponde con los valores constitucionales del Estado social y democrático de Derecho que dibuja nuestra Constitución, y que, entre otras cosas, implica no privar artificialmente de su capacidad conformadora a los poderes públicos, cuando no padezcan las magnitudes constitucionales del individuo. Por ello, un planteamiento de esta cuestión nos arroja de nuevo al método, por otra parte único válido en esta sede, de ponderar las garantías institucionales: ahora el conjunto individuo –familia– propiedad, vertebrado para el caso a través de la herencia, frente a las razones del Estado sobre la misma. Y teniendo en cuenta, y aceptándolo

(68) Como era la tesis de Valverde citada en nota 15.

(69) Artículo 42. 4.° Costituzione italiana: "Le legge stabilisce le norme ed i limiti della succesione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulla ereditá".

(70) Cfr. LISSERRE, *Introduzione* cit., p. 26.

(71) Exactamente, LISSERRE, *ibidem*, p. 24, nota 85, poniendo de manifiesto el prejuicio ideológico que conlleva el planteamiento.

(72) De nuevo enviamos a LISSERRE y a su puntual información y exacta colocación del problema, *ibidem*, p. 25, nota 81.

como primario y prevalente, aquel conjunto venía satisfecho en orden a la concreta garantía institucional de la herencia con un conjunto de normas que garantizaran: *a)* un ámbito de disposición individual del causante, de extensión cuantitativa razonable, y *b)* un ámbito de vinculación familiar del patrimonio hereditario, que abarcara los parientes más cercanos, la familia más estrecha, vinculación familiar que servía tanto como límite a la libertad de disponer del causante, como, con algunos matices, para delinear el llamamiento legal; ese ámbito también debía tener una extensión cuantitativa razonable.

Si se salvan, con los adecuados juicios de ponderación y razonabilidad, tanto en extensión como en límites, los anteriores ámbitos no hay razón alguna, que no sea un programa político, legítimo constitucionalmente, pero no el único pensable, para no permitir al legislador, no sólo recortar el llamamiento a los parientes en la sucesión *ab intestato*, sino también articular (posiblemente de modo alternativo, y hasta ello nos parece dudoso) una participación de la colectividad en la herencia a través del impuesto sucesorio o instaurando la figura del Estado como coheredero necesario. Que ello fuera conveniente o inconveniente es un juicio político que no afecta al de su legitimidad constitucional, por supuesto posible(73).

---

(73) Y por ello es plausible la afirmación de PAPIER: "Damit ist aber gleichfalls die prinzipielle Möglichkeit der Gesetzgebung, über Erbschaftsteuern, Erberechte des Staates und ähnliche Rechstsinstitute einen Anteil des Staates am Erbgut zu sichern", *op. cit.*, p. 115, siguiendo a BOEHMER, *op. cit.*, pp. 402, 412. En última instancia, hablar de parte del Estado, como coheredero necesario, viene a ser lo mismo que establecer una limitación cuantitativa a la libertad de disposición del causante, tanto aquella absolutamente libre, como la de destinación familiar. Y en este punto, la disciplina de la herencia no puede ser otra que la de la propiedad: el problema se resuelve en las condiciones de aplicación del artículo 128 de la Constitución, y en la medida en que este sea operativo, por supuesto que caben limitaciones cuantitativas del objeto de la propiedad, o incluso exclusiones de bienes como posibles objetos de este. Lo único que cabe afirmar como punto de confluencia máxima, en el límite de la garantía de la propiedad y la posibilidad de reservar bienes al sector público, es que esta no puede conducir a aniquilar o a hacer irrisorio o intrascendente socialmente el ámbito, en este caso de transmisión *mortis causa inter privatos*. Cfr. LOPEZ Y LOPEZ, "La disciplina constitucional" cit., pp. 152-153.